

Кваліфікація одержання хабара службовою особою, яка займає відповідальне чи особливо відповідальне становище

Михайленко Д.Г.

аспірант кафедри кримінального права ОНЮА

Відповідно до ч.2 ст.368 КК кваліфікуючою ознакою визнається одержання хабара службовою особою, яка займає відповідальне становище, а згідно ч.3 ст.368 КК особливо кваліфікуючою ознакою є одержання хабара службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище. Вказані ознаки визначаються в п.2 примітки до ст.368 КК, шляхом наведення переліку посад, який на перший погляд є вичерпним і поширювальному тлумаченню не підлягає. В даному випадку варто зазначити, що до внесення змін в Кримінальний закон від 11 липня 1995 року, існувала лише така кваліфікуюча ознака як одержання хабара службовою особою, яка займає відповідальний стан і була вона оціночною, що безумовно не сприяло справедливості та правильності правозастосування.

Службовими особами, які займають відповідальне становище, є особи, зазначені у п.1 примітки до ст.364 КК, посади яких згідно зі ст.25 Закону України «Про державну службу» віднесені до третьої, четвертої, п'ятої та шостої категорій, а також судді, прокурори і слідчі, керівники, заступники керівників органів державної влади та управління, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць. Службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, є особи, зазначені в ч.1 ст.9 Закону України «Про державну службу», та особи, посади яких згідно із ст.25 цього Закону віднесені до першої та другої категорій.

Варто звернути увагу, що хоча існує поняття службової особи включає як «державних», так і «недержавних» службовців, але кваліфікуючі ознаки, які розглядаються, стосуються виключно службових осіб державного сектору. КК Білорусії (п.5 ст.4) відносить до посадових осіб, які займають відповідальне становище, також лише державних посадовців. Видається, що існуюче положення речей зумовлено прагненням законодавця, підвищивши відповідальність державних

службових осіб, відділити їх від недержавних. Проте така неповна, часткова диференціація відповідальності цих груп службових осіб є недостатньою, адже порушення в діяльності навіть тих державних службових осіб, які не займають відповідальне чи особливо відповідальне становище є більш суспільно небезпечною ніж, діяльність службовців недержавного сектору, оскільки перші, окрім особливостей в об'єкті злочинної діяльності, стосуються інтересів більшого кола осіб. Наведені міркування додатково свідчать про необхідність регламентації кримінальної відповідальності за злочини у сфері службової діяльності на підставі принципу диференціації відповідальності державних та недержавних службових осіб.

Варто звернути увагу, що існуюча в ст.25 Закону України «Про державну службу» класифікація посад прямо не стосується державних службовців, що працюють в органах прокуратури, дипломатичної служби, митного контролю, служби безпеки, внутрішніх справ, органах і установах виконання покарань, державної податкової служби, державної контрольно-ревізійної служби, державної прикордонної служби, Збройних Сил України та деяких інших установах. В зв'язку з цим звертає на себе увагу, що на відміну від ч.2 ст.164 КК України 1960 року (в редакції від 11 липня 1995 року) КК України 2001 року відносить до службових осіб, які займають відповідальне становище, тих, що обіймають посади керівників, заступників керівників органів державної влади та управління, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць різних рівнів. Дане положення справедливо дозволило судам визнавати такими, що займають відповідальне становище і осіб керівного складу органів місцевого самоврядування. Проте варто пам'ятати, що нормативною підставою для визнання становища службовця органу місцевого самоврядування відповідальним є не ст.14 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», яка встановлює категорії посад в органах місцевого самоврядування, як на це інколи посилаються суди [1; 2], а безпосередньо п.2 примітки до ст.368 КК.

Крім того, оскільки правоохоронні органи є органами державної влади, то згідно діючого Закону деяких їх службовців можна визнати такими, що займають

відповідальне становище. Між тим, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України не визнала начальника відділення по оперативному обслуговуванню Володимир-Волинської ОДПІ ВПМ Ковельської міжрайонної ДПІ службовою особою, яка займає відповідальне становище, оскільки відповідно до положення про діяльність цього службовця його адміністративні права були обмежені, він не мав права проводити будь-які перевірки дотримання податкового законодавства суб'єктами господарської діяльності чи брати в них участь, а лише організовував ОРД по встановленню місця знаходження платників податків та сприяв працівникам ДПІ у стягненні заборгованості по сплаті податків [3]. Проте відповідно до п.2 примітки до ст.368 КК керівник структурного підрозділу, яким є вказана вище особа є службовою особою, яка займає відповідальне становище, тому видається, що Верховний Суд в даному випадку невірно застосував Кримінальний закон.

Необхідно також звернути увагу на положення ст.25 Закону України «Про державну службу», за яким та чи інша категорія посад службовців стосується окрім безпосередньо вказаних ще й інших *прирівняних* до них посад.

Відповідно до ч.3 вказаної статті Закону віднесення існуючих посад державних службовців, не перелічених у цій статті, а також віднесення до відповідної категорії нових посад державних службовців проводиться Кабінетом Міністрів України за погодженням з відповідним державним органом. Проте уряд не проводив віднесення працівників багатьох установ до відповідних категорій, а тому на думку М.І. Мельника в такому випадку їх не можна віднести до осіб, які займають відповідальне (особливо відповідальне) становище [4, с.133]. Між тим, варто звернути увагу, що Кабмін може саме *відносити*, а не *прирівнювати* будь-які посади до відповідних категорій, а тому видається, що саме прирівняти, а отже визнати службовця, посада якого відсутня в ст.25 Закону України «Про державну службу», особою, яка займає відповідальне (особливо відповідальне) становище, може безпосередньо суд. Крім того, на користь такого вирішення даної проблеми свідчить ч.2 ст.9 Закону України «Про державну службу», за якою регулювання правового становища державних службовців, що працюють в апараті органів прокуратури,

судів, дипломатичної служби, митного контролю, служби безпеки, внутрішніх справ та інших, здійснюється відповідно до цього Закону, якщо інше не передбачено законами України.

При вирішенні питання про прирівнювання того чи іншого службовця до відповідної категорії посад суд повинен брати до уваги визначені ч.1 ст.25 Закону України «Про державну службу» критерії, а саме: 1) організаційно-правовий рівень органу, який приймає їх на роботу; 2) обсяг і характер компетенції на конкретній посаді; 3) роль і місце посади в структурі державного органу. При цьому висновок суду про те, що службова особа займала відповідальне чи особливо відповідальне становище, повинен бути належним чином мотивований.

Підвищення відповідальності службовців, які займають відповідальне (особливо відповідальне) становище зумовлена тим, що такі особи мають більший порівняно з іншими службовими особами об'єм повноважень [5, с.61], приймають рішення по більш важливих питаннях [6, с.34-35], а отже можуть в результаті своєї діяльності заподіяти більшу шкоду об'єкту кримінально-правової охорони.

Застосування кваліфікуючих ознак, що розглядаються, в основному не викликає труднощів у правоохоронних органів, в тому числі у судів. Між тим інколи допускаються помилки зумовлені як видається ігноруванням нормативних ознак відповідального становища та підміною їх значимістю діяльності винних службових осіб. Так, службовою особою, яка займає відповідальне становище неправомірно був визнаний помічник начальника вагонного депо Маріуполь із кадрових та соціальних питань [7] (проте за КК України відповідальним є становище не помічника, а заступника начальника) та інспектор патрульної служби ГПС Волочиського РВ УМВС України у Хмельницькій області [8] (проте посада інспектора не є керівною та не передбачена 3, 4, 5 чи 6 категорією посад державних службовців і не може бути прирівняна до них).

Зустрічаються випадки, коли при наявності законних підстав особу не визнають такою, що займає відповідальне становище. Так, службовця, що працює на посаді, яка відповідає 13 рангу 6 категорії державного службовця, органи прокуратури та Шевченківський районний суд м. Києва помилково не віднесли до службової особи,

яка займає відповідальне становище. В подальшому таку помилку не мав змоги виправити Верховний Суд, оскільки винному не пред'являлось обвинувачення в тому, що він, одержуючи хабара, займав за посадою відповідальне становище [9]. Наведені приклади свідчать про ігнорування в деяких випадках правоохоронними органами вимоги належної вмотивованості наявності чи відсутності даної кваліфікуючої ознаки. Крім того, в переважній більшості справ суди та органи слідства не обґрунтовують посиленнями на законодавство віднесення становища службовця до відповідального, а обмежуються лише констатацією цієї обставини, що також є недопустимим.

Дослідження кримінальних справ не виявило жодної щодо службової особи, яка займає особливо відповідальне становище (не беручи до уваги випадків помилкової кваліфікації як то визнання органами слідства службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище міського голову [10]). В зв'язку з цим варто погодитися, що до кримінальної відповідальності за хабарництво залучають другорядні особи, а особливо небезпечні та високі по статуту хабарники залишаються недосяжними [11, с.449; 12, с.38].

Непоодинокими є випадки хабарництва за участю суддів. Як показало дослідження В.М.Др'оміна в Україні існує високий ступінь недовіри судовій владі в основному по причині її корумпованості [13, с.100-102]. Також варто звернути увагу на приголомшливі результати опитувань проведених на сайті популярної юридичної газети «Юридическая практика». На питання «Чи стикалися ви особисто з корупцією в судах?» з 359 опитаних в період з 03.11.06р. по 17.11.06р. 65% відповіли, що стикаються постійно, 16% – стикаюся рідко, 14% – не стикаюся, але багато про це чули і лише 5% вважають, що корупції в судах немає [14], а на питання «Чи відомі вам достовірні випадки одержання хабара суддею?» з 206 опитаних в період 16.09.03р. по 04.10.03р. 51% відповіли, що знають про такі випадки із надійних джерел, 26% особисто давали хабар судді, 5% особисто одержували і лише 18% такі випадки невідомі [15]! Беручи до уваги те, що відвідувачами цього сайту є в основному юристи, видається, що результати наведених опитувань досить точно відображають істину картину корупції в судовій системі України. В зв'язку з тим,

що серед суб'єктів хабарництва найбільшу небезпеку становлять робітники правоохоронних органів та судді, то на думку деяких авторів виникає питання про доцільність встановлення підвищеної кримінальної відповідальності за одержання такими особами хабара [16, с.355]. В даному випадку видається, що відповідальність суддів повинна бути все ж суворішою порівняно із іншими працівниками правоохоронних органів, так як діяльність по здійсненню правосуддя є значимішою від іншої правоохоронної. Проте не варто підвищити відповідальність кожного судді шляхом визнання їх службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, як це зокрема пропонується в законопроекті № 3428 від 02.12.2008 року [17], оскільки видається що такий крок підвищить і без того значну латентність хабарництва в судовій та правоохоронній системах.

На думку деяких науковців кваліфікуючі ознаки, що розглядаються, стосуються суб'єкта злочину [18, с.87]. Також висловлювалася точка зору, за якою дані кваліфікуючі ознаки характеризують лише суспільну небезпеку самого діяння [19, с.249]. Проте видається, що виходячи з діючого Закону, відповідальне (особливо відповідальне) становище службовця стосується як ознак суб'єкта, так і ознак самого діяння, адже варто погодитися, що ці кваліфікуючі ознаки матимуть місце не тоді, коли службова особа, яка займає відповідне становище просто одержує хабара, а в тому випадку, коли вона отримує винагороду за виконання чи невиконання саме тих функцій, які визначають її як таку, що займає відповідальне чи особливо відповідальне становище [20, с.100].

Кваліфікуючі ознаки стосуються також ознак суб'єкта злочину, оскільки зі змісту КК випливає, що службова особа, яка займає відповідальне (особливо відповідальне) становище, повинна *обіймати* відповідну посаду. В зв'язку з цим, виходячи із положень Кримінального закону неможливо поставити в вину особам, які виконують функції службових осіб без зайняття відповідної посади по спеціальному повноваженню, такі кваліфікуючі ознаки як одержання хабара службовою особою, займає відповідальне чи особливо відповідальне становище, хоча їх діяльність може мати ще біль важливе значення ніж тих осіб, які обіймають посади. Видається, що така ситуація є нелогічною. Крім того, саме законодавче

формулювання кваліфікуючих ознак, що розглядаються є недосконалим, адже при буквальному тлумаченні може скластися враження, що вони матимуть місце незалежно від того, за яку діяльність службовець одержав хабар, вважливо лише встановити, що він при цьому займав відповідальне (особливо відповідальне) становище.

Особами, які займають відповідальне (особливо відповідальне) становище не можуть визнаватися службові особи державних підприємств, що викликає справедливі зауваження в юридичній літературі, адже керівник навіть великого і стратегічного державного підприємства ні за яких умов не може бути визнаний таким, що займає відповідальне становище, в той час, коли такою особою є простий спеціаліст обласної державної адміністрації [4, с.131].

Наведене свідчить про необхідність вдосконалення положень КК України. Так, видається, що сформулювати дані кваліфікуючі ознаки в ч.2 та ч.3 ст.368 КК необхідно наступним чином: *одержання хабара за виконання чи невиконання визначеної дії з використанням відповідального службового становища (ч.2 ст.368 КК) та одержання хабара за виконання чи невиконання визначеної дії з використання особливо відповідального службового становища (ч.3 ст.368 КК).*

Крім того, п. 2 примітки до ст.368 КК варто викласти в наступній редакції: *«Відповідальне службове становище притаманне службовій особі, яка здійснює функції характерні для посади, яка згідно зі статтею 25 Закону України «Про державну службу» віднесена до третьої, четвертої, п'ятої чи шостої категорії, а також функції керівника, заступника керівника інших органів державної влади та управління, органів місцевого самоврядування, їх структурних підрозділів та одиниць, судді, прокурора чи слідчого або прирівняні до них функції. **Особливо відповідальне службове становище** притаманне службовій особі, яка здійснює функції характерні для посади, що зазначена в частині першій статті 9 Закону України «Про державну службу» чи згідно із статтею 25 цього Закону віднесена до першої чи другої категорії або прирівняні до них функції».* Реалізація викладених пропозицій дозволить визнавати службовими особами, які займають відповідальне (особливо відповідальне) становище осіб, які не обіймаючи посади виконують

особливо значимі функції, а також службовців державних підприємств, оскільки суд в кожному конкретному випадку зможе справедливо оцінити значимість їх діяльності за одержаний хабар і в разі необхідності прирівняти їх до відповідної категорії службовців.

Також видається, що давання хабара службовій особі, яка займає відповідальне (особливо відповідальне) становище становить на порядок вищу суспільну небезпеку ніж просте давання хабара. В зв'язку з цим та беручи до уваги, що п.а) ч.3 ст.306 Модельного кримінального кодексу для країн-учасниць СНД рекомендував в якості особливо кваліфікуючої ознаки закріплювати дачу хабара публічному службовцю, котрий займає відповідальну державну посаду, доцільним є в якості кваліфікуючої ознаки давання хабара передбачити його давання за виконання чи невиконання визначеної дії з використанням відповідального службового становища (ч.2 ст.369 КК), а в якості особливо кваліфікуючої – давання хабара за виконання чи невиконання визначеної дії з використання особливо відповідального службового становища (ч.3 ст.369 КК).

Таким чином, незважаючи на закріплення в п.2 примітки до ст.368 КК визначення осіб, що займають відповідальне та особливо відповідальне становище, вказані кваліфікуючі ознаки залишаються в деякій мірі оціночними. Видається, що такої ситуації тяжко уникнути, адже практично неможливо передбачити конкретні переліки службових осіб, які займають відповідальне (особливо відповідальне) становище. В зв'язку з цим доцільно в Постанові Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26.04.2002 року «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснити судам України про можливість та підстави прирівнювання того чи іншого службовця до відповідної категорії посад. Ознака відповідального (особливо відповідального) становища службовця стосується як ознак суб'єкта, так і ознак діяння. Законодавчі конструкції ознак одержання хабара, що розглядаються, мають деякі неточності, що дозволило запропонувати деякі зміни до КК України. Давання хабара службовій особі, що займає відповідальне (особливо відповідальне) становище підвищує суспільну небезпеку даного злочину, а тому необхідно закріпити таку обставину в якості кваліфікуючої (особливо кваліфікуючої).

Список використаних джерел:

1. Вирок Снігурівського районного суду Миколаївської області від 28 грудня 2007 року по справі № 1-172/2007: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
2. Вирок Кіровоградського районного суду Кіровоградської області від 16.11.2007 року по справі № 1-179/2007р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
3. Ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 18 березня 2008 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
4. Мельник М.І.Хабарництво: загальна характеристика, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства. – К.: Парламентське видання, 2000. – 256 с.
5. Багрий-Шахматов Л.В. Уголовно-правовые и криминологические проблемы коррупции, теневой экономики и борьбы с ними. – Одесса: Латстар, 2001. – 530 с.
6. Ляпунов Ю.И. Ответственность за взятку. – М.: Знание, 1987. – 64 с.
7. Ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 22 січня 2008 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
8. Ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Апеляційного суду Хмельницької області від 7 березня 2007 року по справі № 11-175/ 2007 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
9. Ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 15 лютого 2007 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
10. Ухвала колегії суддів судової палати у кримінальних справах апеляційного суду Хмельницької області від 27 грудня 2006 року по справі № 11-794 2006 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua>.
11. Багрий-Шахматов Л.В. Корупція як злочинне діяння, види корупційних злочинів // Актуальні проблеми держави і права. – 2001. – Вип.11. – с.445-451.

- 12.Багрий-Шахматов Л.В., Чубенко И.В. Криминологический анализ состояния коррупционной пресупности в органах исполнительной власти Украины // Корупція: регіональні та галузеві тенденції: Зб. наук. статей / За ред. М.П. Орзіха, В.М. Дрьоміна. – Одеса: Фенікс, 2003. – с.30-38.
- 13.Дрёмин В.Н. Коррупционная практика: актуальные вопросы уголовно-правового воздействия // Правові проблеми протидії організованим злочинності: Зб. наук. статей / За ред. М.П. Орзіха, В.М. Дрьоміна. – Одеса: Фенікс, 2005. – с.99-109.
- 14.VOX POPULI: Сталкивались ли вы лично с коррупцией в судах?: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.yurpractika.com/voteshow.php?id=121>.
- 15.VOX POPULI: Известны ли Вам достоверные случаи получения взятки судьей?: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.yurpractika.com/voteshow.php?id=24>.
- 16.Келина С.Г. Правовые проблемы уголовной ответственности за взяточничество // Коррупция: политические, экономические, организационные и правовые проблемы. Сб. мат. Междунар. науч.-практ. конф. (г.Москва, 9-10 сентября 1999г.) / Под ред. В.В. Лунеева. – М.: Юристь, 2001. – с.349-355.
- 17.Про внесення змін до деяких законів України (щодо протидії хабарництву): Проект Закону № 3428 від 02.12.2008 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=33822.
- 18.Кримінальна відповідальність за посадові злочини / В.А. Клименко, М.І. Мельник, М.І. Хавронюк. Коментар до Закону України «Про боротьбу з корупцією» / М.І.Мельник, Г.О.Омельченко, М.І.Хавронюк. – К.: «Бліц-Інформ», 1996. – 512 с.
- 19.Волженкин Б.В. Служебные преступления. – М.: Юристь, 2000. – 368 с.
- 20.Квициния А.К. Взятничество и борьба с ним. – Сухуми: «Алашара», 1980. – 182 с.